

Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção?*

Felipe Dantas de Araujo¹

Resumo

A corrupção já era tratada pelo sistema jurídico como um ato ilícito, mesmo antes do surgimento do respectivo regime global de proibição, e formas penais para lidar com o problema foram concebidas, com maior ou menor grau de sofisticação, por diversas culturas passadas. O Direito vale-se da sua técnica mais tradicional, a ameaça de punição, dirigida contra aqueles que praticarem as condutas definidas como corrupção no âmbito do próprio Direito. A sociedade de risco tem acarretado a criação e expansão da categoria dos bens jurídicos supraindividuais em que se insere a tutela dos atos de corrupção. A transição de risco externo para risco manufaturado na sociedade atual está ocasionando uma crise de responsabilidade, que implica em mudança nas correlações entre risco, responsabilidade e decisões. Dessa crise, emerge uma “irresponsabilidade organizada”: ela aumenta a diversidade de riscos criados pelo próprio homem, pelos quais as pessoas e as instituições são naturalisticamente imputáveis, e acarreta desvios extremados como a expansão do direito penal. Este trabalho esmiúça modelos de uma nova tecnologia jurídica, possivelmente adequada para se lidar com a corrupção, mas que tentam se apartar de paradigmas do Direito Penal tradicional, no sentido de um gerenciamento dele. Adotada a nomenclatura de Direito de Intervenção, esta é consolidada com um exercício prospectivo de tentar concretizar um modelo jurídico de direito interventivo voltado para se lidar com os problemas da corrupção, enumerando e analisando quais seriam as características desejáveis de um Direito de Intervenção Anticorrupção.

* Artigo recebido em: 19/11/2010.

Artigo aprovado em: 22/02/2011.

¹ Graduado em Direito pela UFRN (2003), pós-graduado em Direito Público pela UnB (2008), e mestrando em Direito e Políticas Públicas, com foco em anticorrupção, pelo UniCEUB.

Palavras-chave: Convenções internacionais contra a corrupção. Expansão do direito penal. Administrativização do direito penal. Sociedade de risco. Direito de intervenção anticorrupção.

1 Introdução

A corrupção é tão antiga quanto o próprio Estado. Embora o que seja legal ou ilegal varie de país para país, a maioria dos Estados penaliza formas mais ou menos coincidentes de suborno, peculato, extorsão e fraude em contratos públicos. A corrupção já era tratada pelo sistema jurídico como um ilícito, mesmo antes do surgimento do respectivo regime global de proibição. Formas não penais para lidar com o problema foram concebidas com maior ou menor grau de sofisticação, por diversas culturas passadas. Segundo Robert Klitgaard,² o primeiro-ministro brâmane de Chandragupta, cujos escritos datam de 2.300 anos atrás, listou quarenta formas de desviar dinheiro do Estado. Na China antiga, funcionários públicos recebiam um adicional chamado *Yang-li*, que significava “provento da incorruptibilidade” (que, aparentemente, falhava em alcançar seu propósito). Entretanto, a forma tradicional de se lidar com a corrupção é mediante o uso do sistema penal – outras medidas administrativas, por mais que se acredite que tenham efeitos moralizadores, eram propostas e aplicadas devido a um juízo de eficiência ou de racionalização de determinado setor, e não pela corrupção em si.

A concepção de Estado atual fundamenta o desejo de se controlar o futuro, para que não mais ocorram casos de corrupção, e o presente, para revelar os que já estão acontecendo ou aconteceram. Como a corrupção deixa de ser vista como um perigo e passa a ser entendida como um risco, o Estado usa, então, uma das tecnologias das quais dispõe para controlar a conduta de seus indivíduos, o direito, e a corrupção torna-se juridicamente proscrita. Para tentar alcançar o objetivo que lhe foi delegado, o direito vale-se da sua técnica mais tradicional, a ameaça de punição dirigida contra aqueles que praticarem as condutas definidas como corrupção no âmbito do próprio direito. E, como o pessimismo latente sobre a corrupção indica,

² KLITGAARD, Robert. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California, 1988. p. 7.

ela se apresenta como relevante demais para ser tratada por outra área do direito que não a mais afiativa, o Direito Penal e todo o sistema criminal que o orbita. No capítulo 1 será apresentado o “estado da arte” da organização jurídica de hoje sobre a corrupção.

O estudo do risco pode fornecer algumas pistas de como adaptar ou criar uma tecnologia jurídica adequada para se lidar com a corrupção. Os riscos manufaturados inserem-se em um contexto de novos ambientes de risco, para os quais a história nos dá pouca experiência prévia, e não podemos calculá-los de forma precisamente acurada em termos de tábuas atuariais. O capítulo 2 trata de como a sociedade de risco tem acarretado, no direito, a criação e expansão da categoria dos bens jurídicos supraindividuais em que se insere a tutela dos atos de corrupção. Há uma intrínseca relação entre risco e responsabilidade jurídica, vez que o risco só existe quando há decisões para serem tomadas, e a ideia de responsabilidade também pressupõe a tomada de decisões, especialmente quando essa decisão ocorre quando existem consequências discerníveis. A transição de risco externo para risco manufaturado na sociedade atual está ocasionando uma crise de responsabilidade. E é uma crise, porque, como a transição implica mudança nas correlações entre risco, responsabilidade e decisões, é difícil atribuir ou assumir responsabilidade jurídica perante os novos riscos segundo os paradigmas da tecnologia jurídica atual. Dessa crise emerge o que Ulrich Beck chama de “irresponsabilidade organizada”:³ ela aumenta a diversidade de riscos criados pelo próprio homem, pelos quais as pessoas e as instituições são naturalisticamente imputáveis, mas faz com que ninguém seja juridicamente responsabilizado. A consequência de não se ter meios jurídicos adequados para se lidar com a “irresponsabilidade organizada” é um desvio extremado: não só em algumas situações ninguém é responsabilizado, mas em outras há culpabilidade em excesso. Desses desvios, cuida o capítulo 3, em que é exposto que a consequência de se correlacionar a corrupção a direitos supraindividuais, mas ainda dentro de uma concepção tradicional de Direito Penal, resulta tão somente na expansão inadequada deste último.

³ BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. New Delhi: Sage, 1992. p. 21.

Lembre-se que a ideia de risco está vinculada à aspiração de controlar o futuro, nas palavras de Giddens, e para controlá-lo precisamos conhecer o passado e as relações de causalidade que produzirão o evento indesejado. O fato de o Direito Penal preocupar-se com a corrupção não é novo, mas saberes como a economia, a ciência política, a administração pública e até a ética aplicada e a psicologia consolidaram uma gama considerável de conhecimentos e informações sobre a corrupção, suas causas, seus efeitos, suas circunstâncias, suas tipologias e suas probabilidades. Esses saberes “largaram na frente” do direito como resposta ao pessimismo sobre a corrupção. É possível cogitar como a tecnologia jurídica pode se configurar para melhor aplicar esses novos conhecimentos sobre o fenômeno da corrupção na tarefa última de prevenir sua ocorrência da forma mais eficiente, mas também mais justa possível.

Os capítulos 4 e 5 esmiúçam modelos de uma nova tecnologia jurídica, possivelmente adequada para se lidar com a corrupção, mas que tentam se apartar de paradigmas do Direito Penal tradicional. Esses modelos recebem diversos nomes, como Direito de Intervenção e Direito Penal de Duas Velocidades. O capítulo 5 transforma a esperança de otimismo em vontade pragmática. Nele, adota-se a nomenclatura de Hassemer, “Direito de Intervenção”, a qual se consolida com um exercício prospectivo de tentar concretizar um modelo jurídico de direito interventivo voltado para se lidar com os problemas da corrupção, dentro das impossibilidades e ciladas a que estão sujeitos aqueles que se arriscam a escrever sobre o futuro. As características desejáveis de um Direito de Intervenção Anticorrupção são enumeradas e analisadas, ao mesmo tempo em que se fornecem exemplos concretos de institutos jurídicos atuais, presentes no direito pátrio e nas convenções internacionais anticorrupção internalizadas no Brasil.

2 Um conceito de corrupção?

Ainda que um conceito comum não tenha sido encontrado pela comunidade internacional para descrever precisamente o que seja corrupção, aparentemente há concordância de que ao menos algumas práticas políticas, sociais ou comerciais podem ser conceituadas como corruptas. Entretanto, a adjetivação de algumas prá-

ticas como corruptas e sua eventual reprovação pela opinião pública variam de país para país, e não necessariamente implica-se que elas sejam consideradas crimes pelo Direito Penal. Dada a amplitude semântica do termo e a equivocidade de seu conceito, a corrupção é objeto de preocupação das Ciências Sociais, da Comunicação, da Economia, da Teoria do Estado e da Ciência da Administração. Como fato social e econômico, é tratada por diversas organizações que a definem segundo seus critérios e suas visões. Em regra, um ilícito, a corrupção – ou, pelo menos, o ato humano corrupto/corruptor – é também, e naturalmente, de interesse do Direito. É uma preocupação constante dos saberes que tentam explicar a corrupção, o fato de seu conceito não ser unívoco; mas os juristas não devem partilhar dessas angústias, ainda que com elas possam se ilustrar: o consenso jurídico que criará obrigações e punições relacionadas à corrupção dependerá em larga medida dos modelos explicativos trazidos por esses outros saberes, ao mesmo tempo em que as condutas categorizadas como fenômenos jurídicos é que assumirão relevo aos olhos das ciências sociais explicativas.

O que se pretende, dentro da finalidade limitada deste trabalho, é apenas apontar quais modelos normativos de conduta, quais tipos, penais ou administrativos, corresponderiam a atos de corrupção. Como a tentativa aqui é a de aproximação de um conceito jurídico, utilizaremos um modelo também normativo para estabelecer uma definição do que seja “ato de corrupção”, e o critério jurídico utilizado para se definir corrupção será o Direito Internacional Público. Nesse âmbito, o combate e a prevenção da corrupção fazem parte de uma política pública assumida como compromisso internacional pelo Brasil, que é signatário da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Caracas/1996, promulgada pelo Decreto 4.410/2002) e da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida/2003, promulgada pelo Decreto 5.687/2006). Essas convenções também não conceituam o que seja corrupção, mas ambas contêm uma parte que obriga os Estados-partes a criminalizarem uma série de atos que enumeram e descrevem (Capítulo III na convenção da ONU, e Artigo VI na convenção da OEA). Esses seriam os atos de corrupção para os fins de nosso estudo. Nesse sentido, convivem no ordenamento jurídico interno várias normas penais e administrativas a respeito da corrupção que correspondem literalmente à definição dos atos de corrupção a serem criminalizados segundo as convenções anticorrupção. Também há tipos,

geralmente derivados, que, muito embora não correspondam de forma literal aos atos de corrupção das convenções, seus elementos normativos se adequam, ainda que em termos correlatos. Há também os tipos penais que, embora não contenham nos seus elementos normativos componentes dos atos de corrupção, segundo as convenções, uma análise do bem jurídico protegido e da motivação criminológica da sua prática leva à identificação de que esse tipo penal se baseia em valores anticorrupção.⁴

3 Natureza supraindividual do bem jurídico protegido pela tipificação penal de atos de corrupção

Uma das formas de manifestação da dimensão penal da anticorrupção é a exacerbação de normas punitivas e certa inflação de tipos penais, fenômeno este observado, inclusive mundo afora e em especial na América Latina.⁵ Nesta parte do trabalho analisam-se quais os bens jurídicos que as tipificações de atos de corrupção intentam proteger, e conclui-se que a natureza desses bens é supraindividual. Também se destaca como diversas concepções do Direito Penal se relacionam com essa categoria de bens jurídicos, destacando as vicissitudes da respectiva tutela penal que recai sobre eles.

A exigência de que o Direito Penal intervenha exclusivamente para proteger bens jurídicos penais constitui uma garantia fundamental do Direito Penal moderno. Trata-se de manifestação de confluência entre diversos princípios garantistas (como a proporcionalidade e a fragmentariedade) e também de princípios utilitaristas, como os da necessidade e utilidade da intervenção penal (intervenção mínima). Esses princípios fizeram com que preponderassem conceitos sociológico-funcionalistas de bens jurídicos, os quais apreciam a necessidade de entender os bens jurídicos em sua dimensão social, como condições necessárias para a conser-

⁴ A exemplo do art. 313-A do Código Penal, inserção de dados falsos em sistema de informações, tipo que criminaliza um dos métodos mais comuns para a prática de fraude previdenciária por servidores públicos.

⁵ FORTETE, Cesar; CESANO, Jose Daniel. Punitive Attitudes in Latin America. *European Journal on Criminal Policy*, n. 15, p. 128-130, 2009.

vação de uma ordem social. Consequentemente, a característica comum dos fatos lesivos de bens jurídicos será a sua danosidade social. Silva-Sanchez alerta que há um perigo inerente nessa definição, que é o de que o Direito Penal poderia ser levado a proteger valores morais, estratégias políticas ou pontos de vista totalitários, mas consente que esses riscos podem ser resolvidos se incluir no conceito de bem jurídico uma referência central ao indivíduo: a ideia chave é de que só podem ser bens jurídicos tutelados penalmente aqueles que o ser humano precisa para sua livre autorrealização, para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade. Esses requisitos não excluiriam a proteção penal a bens jurídicos supraindividuais, na medida em que estes também se constituem em meios importantes para a autorrealização social do indivíduo.⁶

A corrupção, especialmente aquela que consiste em desvio de recursos públicos, seja pelo simples peculato ou por complexos esquemas de fraude à licitação, atinge de forma imediata bens econômicos do Estado. Por mais que a ficção do ente de direito público permita individualizar esse dano a determinada pessoa jurídica de direito público, a coletividade é que é efetivamente atingida, ainda que de forma mediata. Além desses aspectos obviamente patrimoniais, nos tipos penais anticorrupção, a moralidade administrativa é protegida, tendo como fundamento os princípios que a norteiam, os quais constam do art. 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.⁷ Também haveria um forte componente de proteção da legitimidade das instituições políticas, naquilo que diz respeito à ordem moral do Estado e aos ideais de justiça de uma comunidade. Da mesma forma, a corrupção, ao drenar recursos que seriam despendidos em serviços públicos e investidos em infraestrutura, possui efeitos negativos intergeracionais: solapa o direito dos povos ao progresso e ao desenvolvimento integral, fazendo com que gerações futuras vivam em situação sócio-econômica inferior à que viveriam se a corrupção não tivesse existido. Inegável, portanto, que a corrupção atinge um bem jurídico difuso, no sentido de lesionar bens públicos de interesse geral, não se vinculando, especificamente a uma vítima individualizada, mas atingindo todo o contexto social.

⁶ FORTETE, Cesar; CESANO, Jose Daniel. Punitive Attitudes in Latin America. *European Journal on Criminal Policy*, n. 15, p. 121-136, 2009.

⁷ LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 82.

Diversos autores têm escrito sobre a tutela penal que recai sobre bens jurídicos supraindividuais, apontando que existe uma tendência, um movimento característico de política criminal consistente em expansão de proteção penal do crime, partindo de um modelo clássico de proteção de bens individuais para um modelo de crimes de perigo de bens supraindividuais. Os anos oitenta (quicá os setenta em alguns países) significaram novos processos de incriminação. Tais processos passaram a afetar condutas que até aquele momento constituíam ilícitos civis ou administrativos e cuja danosidade social não parecia discutível, a ponto de afirmar que a discussão atual não parece centrada sobre a punição ou não de fatos lesivos a bens jurídicos, senão sobre qual é a proteção específica (civil, penal, administrativa) que deve ser prestada a determinados bens, sobre cuja natureza de objetos juridicamente protegidos não existem dúvidas.⁸

Essa expansão do Direito Penal ocorreu principalmente sobre aquilo que se denomina macrocriminalidade ou criminalidade do colarinho branco, que se comporta invariavelmente segundo métodos de criminalidade organizada. A criminalidade organizada, detentora de parcela de poder inimaginável, em especial econômico, demonstra a fragilidade do processo penal, na sua estrutura atual. A criminalidade organizada está fechada ao ambiente exterior e imune aos tradicionais meios de investigação, o que demandaria novos métodos de investigação policial. Essa constatação, que não é isolada, exige das autoridades estatais novas formas de investigação, como a escuta telefônica, a infiltração de agentes e a proteção dos colaboradores da justiça.⁹ Nesse universo da macrocriminalidade, a corrupção situa-se de forma a ser considerada um tipo de delinquência específica da globalização, e possui especial relevância, na medida em que a realização com êxito da macrocriminalidade internacional é dificilmente imaginável à margem das burocracias administrativas estatais, sem a cooperação de funcionários e de agentes estatais.¹⁰ A Winfried Hassemer não satisfaz a definição de que essa ma-

⁸ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 276.

⁹ LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 68.

¹⁰ LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 107.

crocriminalidade seja organizada internacionalmente e promovida de uma forma meramente econômica. Para o autor, isso não seria uma qualidade no desenvolvimento da criminalidade, mas somente uma intensificação de um fato já conhecido. Para Hassemer, a corrupção é aquilo que dá à criminalidade organizada a sua nova qualidade.¹¹ Especificamente, os crimes que surgiram acompanhando essas transformações no âmbito dos governos foram os de abuso de poder, escutas ilegais, espionagem política, os escândalos econômicos, ao lado das figuras primitivas do peculato e da corrupção.¹²

Essas novas formulações e necessidades determinadas pelo surgimento de bens difusos na sociedade de risco impuseram o surgimento de uma corrente doutrinária que prevê um “direito penal de risco”, como próprio e característico de uma sociedade de risco. Este direito penal teria por função estabelecer maior segurança social mediante a criminalização de comportamentos que tenham lugar nos novos âmbitos de risco.¹³ Assim, há visões segundo as quais a pós-modernidade e a sociedade pós-industrial colocaram em xeque as ideias dos criminólogos iluministas e clássicos.¹⁴ Novos riscos sociais foram postos com o avanço dos meios tecnológicos: na modernidade avançada, a produção social de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, por uma correspondente produção social de riscos. Diante disso, os problemas e os conflitos da sociedade são substituídos por problemas e conflitos que surgem da produção, definição e divisão dos riscos produzidos de maneira técnica-científica. Atualmente, ainda que se fale em direito penal mínimo, em direito penal de *ultima ratio*, não existe uma real limitação da abrangência criminal; pelo contrário, verifica-se uma ampliação de figuras repressivas relativas a esses novos riscos.¹⁵

Não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim

¹¹ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 147.

¹² HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 45.

¹³ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 79.

¹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 17.

¹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 28.

como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou da “reinterpretação” das garantias clássicas do direito penal substantivo e do Direito Processual Penal. Essa tendência de expansão se caracteriza por: criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia. A profundidade e a extensão das bases sociais da atual tendência expansiva do Direito Penal nada têm a ver com as que na década de 70 e posteriores respaldaram o movimento, inicialmente norte-americano, de *law and order*.¹⁶ A representação social do Direito Penal que comporta a atual tendência expansiva mostraria, pelo contrário, uma rara unanimidade. A divisão social característica dos debates clássicos sobre o Direito Penal teria sido substituída por um consenso geral, ou quase geral, sobre as “virtudes” do Direito Penal como instrumento de proteção dos cidadãos contra danos a seus interesses supraindividuais.

4 Reação à “expansão supraindividual” do direito penal

Levando-se em conta que a expansão do Direito Penal tratada no capítulo 2 não se dá sem reações, verifica-se a necessidade de tentar repensar criticamente as práticas punitivas que tanto se combateram em relação aos menos favorecidos e que, agora, não se sabe exatamente o porquê, tem merecido o aplauso de uma esquerda ávida por culpados de uma classe social que até os anos 80, salvo nos crimes passionais, raramente ocupava o banco dos réus.¹⁷ Considera-se que se herdou da criminologia positivista do fim do século XIX a ideia de que as instâncias de controle social fixaram-se na vigilância das classes populares, julgadas as únicas perigosas, mas com a crescente democratização da sociedade ampliou-se o espectro de incidência do sistema penal. Outros atores integraram-se ao sistema penal: não só a polícia e o ministério público, mas órgãos de controle, comissões parlamentares e as procuradorias das diferentes fazendas também passaram a investigar casos até então tidos como irrelevantes.

¹⁶ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 21-24.

¹⁷ TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 7, n. 28, p. 73, 1999.

Com a aparição dos “novos” personagens do mundo do crime, os abusos que antes eram objeto de viva repulsa, passaram a ser não apenas tolerados, como, de certa forma, incentivados. Assim, prisões preventivas são requeridas e decretadas amiúde, empresários e homens de governo são publicamente “escrachados”, mesmo que se trate de meros suspeitos, e conclui-se que o que outrora se combateu como opressão dirigida aos segmentos desfavorecidos, porque afrontoso aos direitos humanos, não pode perversamente vir validado e aplaudido como se fosse a “democratização do Direito Penal”, que agora também atinge os ricos.¹⁸ Da mesma forma, a nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, ao qual agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade dos poderosos.¹⁹

Louk Hulsman, de certa forma, concorda com a análise conjuntural de Toron e Silva-Sanchez sobre esse “populismo penal”, ao conceder que, entre os que se inquietam com os problemas da justiça penal e denunciam o funcionamento do sistema atual, em seu aspecto de degradação e aviltamento do homem, alguns, entretanto, preconizam a persecução penal de pessoas que, nos campos ecológico, financeiro e econômico, trazem grandes prejuízos para a coletividade. Segundo o autor:²⁰

Sei perfeitamente que os que fazem esse tipo de proposta são movidos pela indignação, que com eles partilho, com o escândalo de uma organização político-social que utiliza dois pesos e duas medidas, conforme a categoria social visada; e que gostariam de, por esse meio, tentar restabelecer a igualdade dos cidadãos perante a lei.

Mas Hulsman permanece forte e coerente em seus propósitos abolicionistas:

¹⁸ TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 7, n. 28, p. 74, 1999.

¹⁹ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 53.

²⁰ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Bernat Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997.

Mas, a máquina penal continua sendo um mau sistema, qualquer que seja o julgamento moral e social que se possa ter sobre determinado comportamento. [...] Da minha parte, creio que, nos campos ainda não criminalizados, se deveria evitar a qualquer preço a criminalização. No que diz respeito à busca de igualdade de tratamento para todos, eu preferia que se estendessem àquelas que costumam ser chamados de “delinquentes pés-de-chinelo” os procedimentos conciliatórios que existem para os “grandes”.

Eugenio Raúl Zaffaroni também é contrário à expansão do Direito Penal aos casos de corrupção e demais crimes do colarinho branco, mas adota um tom consideravelmente mais sombrio, não enxergando nada de genuíno no discurso de proteção dos bens jurídicos decorrentes da pós-modernidade. Para o autor, a experiência latino-americana demonstra a incapacidade dos setores penais para resolver os conflitos gerados pelos crimes econômicos e do colarinho branco. Em relação aos crimes de poluição, *white collar* e crimes econômicos – crimes de poder – existiria uma inoperância geral de nossos sistemas penais que, nos poucos casos dessa natureza em que atua, é instrumentalizado como meio de eliminação competitiva, deixando vulneráveis aqueles menos poderosos dentre os abastados. Para Zaffaroni:²¹

Os exemplos costumeiros de efetividade diante de crimes inqualificáveis e aberrações do poder representam apenas o resultado da seleção de alguns executores materiais que podem ser sacrificados com a perda de proteção – por não serem mais úteis a outro poder maior, com o qual entraram em conflito, ou por estar defasado o alinhamento anterior de micropoderes – com a cuidadosa exclusão dos investigadores e cúmplices invulneráveis que se tornam rapidamente funcionais no novo reordenamento desses micropoderes.

Múltiplos são os casos demonstrativos de que, em nossa região marginal, os poderosos só são vulneráveis ao sistema penal quando, em uma luta que se processa na cúpula hegemônica, colidem com outro poder maior que consegue retirar-lhes a cobertura de invulnerabilidade. Do ponto de vista de nossa região marginal não há razão alguma para se crer que seja menos utópico um modelo de sociedade no

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 108.

qual não existe invulnerabilidade penal para os poderosos do que um modelo de sociedade no qual seja abolido o sistema penal.

Outras não poderiam deixar de ser as opiniões de Hulsman e Zaffaroni. O abolicionismo nega a legitimidade do sistema penal tal como atua na realidade social contemporânea e, como princípio geral, nega a legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa imaginar no futuro como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais. Mesmo o direito penal mínimo, que nega a legitimidade do sistema penal, tal como hoje funciona, mas propõe uma alternativa mínima que se considera como um mal necessário, não se coaduna com a expansão do Direito Penal demonstrada.

5 Administrativização do direito penal ou direito de intervenção

Hassemer entende que a estratégia necessária e duradoura ao combate da criminalidade organizada não pode se apoiar somente, e em primeira linha, no Direito Penal e no Direito Processual Penal.²² O autor constrói a argumentação fundamentadora do direito de intervenção em sua obra “Direito Penal Libertário”, a partir da dicotomia no processo penal entre os princípios da legalidade e da oportunidade. Para o autor, o princípio da legalidade no processo penal deve se reportar à ética do Estado de Direito, a qual corresponde às ideias da separação dos poderes, da certeza legal e da igualdade. O princípio da legalidade assegura a igualdade de tratamento dos cidadãos, que é fundamental para a justiça da administração do Direito Penal. Há uma íntima ligação entre o direito penal material e o Direito Processual Penal: tanto a segurança das normas penais quanto a segurança dos limites da punibilidade exigem que as normas do direito penal material sejam realizadas no processo penal, na forma como estão contidas pelo direito penal material, isto é, conforme a legalidade jurídico-material.²³ Entretanto, os programas formais do direito material esbarram, em sua realização, no processo

²² HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 148.

²³ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 49-50.

penal com seus programas informais, que são regulados por uma diversidade de modos “poluídos”, espontâneos e talvez latentes. Outro fator é que os recursos pessoais e materiais das autoridades responsáveis pela persecução penal serão sempre escassos. Isso tudo exclui a possibilidade de se assentar o processo penal apenas em um princípio tão teórico, formal e tão simples como o princípio da legalidade, especialmente quando se trata de delitos relativos à macrocriminalidade. Em detrimento da legalidade, Hassemer identifica no processo de expansão do Direito Penal para a tutela de bens difusos a prevalência do princípio da oportunidade. Esse princípio consiste na autorização para finalizar previamente o processo penal, mesmo quando da existência de suspeita do delito. Os motivos para a aplicação do princípio da oportunidade tornam-se mais fortes na medida em que o direito penal se concebe como de orientação pelas consequências, e estas residem na esfera da efetividade da administração da justiça penal.²⁴

No contexto da nova criminalidade tratada neste artigo, Hassemer teoriza sobre algumas inter-relações entre os princípios da legalidade e da oportunidade. Assim, entende o autor que uma aplicação e imposição, apenas seletiva e oportunista, das normas de direito material no processo penal deveria enfraquecer, em longo prazo essas normas, principalmente aquelas cuja execução, por escolha oportunista e desconsideração estratégica, será mais prejudicada. Nesse mesmo sentido, haveria a expectativa de que uma execução desigual do direito penal material, no processo penal, danificaria o sistema do direito criminal em sua legitimidade, pois um processo penal que descarta do princípio da legalidade desperta, acima de tudo quando seus pressupostos não são bem definidos, a impressão de desigualdade, inconsequência e, possivelmente, até engano, o que tem como consequência a perda, se não total, mas em boa medida, da legitimidade do sistema penal. Ademais, caso a decisão sobre a persecutibilidade seja tomada não em razão da legalidade, mas da oportunidade, seria posto em perigo o princípio da separação dos poderes, quando as autoridades responsáveis pelo inquérito podem autonomamente decidir sobre a não persecução de delitos.²⁵

²⁴ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 53-56.

²⁵ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 49-51

Hassemer anota que o princípio da oportunidade é frequentemente elogiado em virtude de seu efeito descriminalizante, pois um processo penal construído de forma oportunista se liberta antecipadamente (e liberta também os suspeitos da prática desses fatos) de um grande número de fatos suspeitos. Mas o autor discorda dessa visão, afirmando que é uma arbitrariedade teórica do sistema e uma ilusão política para a opinião pública que se preconize publicamente a criminalização (eventualmente até de delitos de pequeno potencial ofensivo) nas leis penais, e então eliminá-la “secretamente” no processo penal. Apesar de esse caminho do processo penal guiado pela oportunidade ser mais cômodo, quanto mais o direito penal material se orienta pelos princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade, tanto menos motivo existe para um processo penal oportunista. Seria mais claro, mais grave e mais verdadeiro uma descriminalização sobre o direito penal material, uma redução da punibilidade atualmente transbordante para um “direito penal nuclear”, correspondente ao direito e sistemas penais tradicionais, cuja resposta-sanção modelo é o encarceramento de indivíduos.

Mas como proteger os bens jurídicos decorrentes da pós-modernidade, que estariam fora desse “direito penal nuclear”? Hassemer passa, então, a dar forma ao seu conceito de direito de intervenção. Os princípios da legalidade e da oportunidade, na persecução penal, enfatizam respectivamente partes diversas da ideia jurídica. A legalidade responde mais pela justiça, a oportunidade coloca-se mais pela utilidade e efetividade. Dessa forma, uma opção político-criminal deveria observar que a justiça é o objetivo, mas que a utilidade é, porém, uma condição restritiva da perseguição do objetivo. Para o autor, esse direito de intervenção, “ampliado” a todos os bens universais possíveis, aproxima-se do Direito Administrativo, e a ele também corresponderá a qualidade de suas sanções, afastando-se do sistema penal tradicional. Não se trata mais de um equilíbrio adequado de um ilícito factível: trata-se de uma prevenção do risco, da dominação do perigo, da intervenção, antes que os danos ocorram. A diferença entre repressão e prevenção, que distingue o Direito Penal tradicional do Direito Administrativo e demais outros, é para Hassemer impeditiva e obsoleta.

O direito de intervenção, na visão de Hassemer, não chega ainda a ser um modelo ou uma proposta concreta de alternativa à expansão do Direito Penal

tradicional. Quando muito, é o registro de uma tendência, ou de um conjunto de princípios que tentariam resgatar parte da legitimidade do sistema penal, desvinculando-o do seu aspecto encarcerador. Não obstante inexistir uma proposta sistematizada e completa, Hassemer é capaz de, no decorrer do “Direito Penal Libertário”, fornecer alguns exemplos, ilustrando características preliminares do direito de intervenção, que serão retomadas mais adiante.

Hassemer não é o único, entretanto, a propor um gerenciamento do Direito Penal. Miguel Reale Jr. e Renato Silveira não chegam a propor efetivamente uma formulação “nova” ou independente de direito administrativo penal. Ambos declaradamente se inspiram em Hassemer, e aprofundam o modelo deste com considerações e exemplos adicionais, iniciando um diálogo do modelo de direito de intervenção com a realidade do ordenamento jurídico brasileiro. Examinando as semelhanças e diferenças em concreto entre os tipos penais da Lei 8.137/1990 e as infrações administrativas da Lei 8.884/1994, Miguel Reale Jr. conclui que se pode afirmar que os tipos penais e infracionais têm em comum a tutela do mesmo bem jurídico, por meio de repressão a condutas em grande parte semelhantes. A partir desse exame em concreto, o autor examina, do ponto de vista teórico, em que consistem as semelhanças e diferenças entre duas entidades fundamentais no Direito Penal e no direito administrativo econômico, quais sejam, o crime e a infração administrativa. Segundo o autor, os processos de despenalização ocorridos na Itália e na França bem demonstram que a escolha da via penal ou da via administrativa nada tem a ver com a importância do bem jurídico, tratando-se, antes de uma escolha com base na conveniência política deste ou daquele caminho, com vista a melhor alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único. Trata-se, portanto, de um problema de eficácia social, e não de uma questão de diversidade axiológica. As sanções que se somam têm pequena distinção relativa, na verdade, ao significado da reprovação. Se é certo que ambas guardam finalidades preventiva e retributiva, o que as distingue é o caráter moral de reprovação social inerente à sanção penal, bem como o gravame do próprio processo penal a que é submetido ao agente, não encontráveis na sanção e no processo administrativo. Diante da substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas, sobressai, na distinção entre sanções administrativas e

penais, o elevado conteúdo de censura moral mais reduzido do processo e da sanção administrativos.²⁶

Para Reale, seria preciso pensar um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do Direito Penal, sobretudo as sanções de privação da liberdade e que, ao mesmo tempo, possa ter garantias menores. Declaradamente inspirado em Hassemer, o autor entende que o direito de intervenção não deve estar jungido pelos dogmas garantistas do Direito Penal, sendo antes um Direito Administrativo adaptado às peculiaridades econômicas das relações que pretende regular. Para Reale, a característica fundamental desse novo gênero de direito é que as infrações são administrativas e não penais, sendo julgadas por um tribunal administrativo, como, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Todavia, revestem-se de algumas garantias e limitações próprias do Direito Penal, o que significa dizer que contêm, simbioticamente, tanto qualidades de infração administrativa quanto penal. O acento primordial recairia, no entanto, sobre a natureza administrativa, razão pela qual Reale denomina este ramo de “direito administrativo penal”, que se distinguiria do direito administrativo disciplinar, porquanto este pressupõe uma relação de subordinação do agente frente à Administração Pública.

Na França e na Itália já existiriam leis “tipificadoras das infrações administrativo-penais”, e destacam-se algumas das características desse modelo normativo: submissão ao princípio da legalidade; proibição da analogia *in malam parte*; interpretação restritiva; exigência de tipicidade; vedação a conceitos extrajurídicos, conceitos indeterminados e locuções abertas; irretroatividade, a não ser da nova lei mais benigna; solidariedade entre a pessoa jurídica e seu administrador; e necessidade de individualização da pena.²⁷

²⁶ REALE JR., Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 28, p. 121-124, 1999.

²⁷ REALE JR., Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 28, p. 128, 1999.

Renato Silveira adota uma postura semelhante, ressaltando que se deve entender o caráter penal meramente no sentido sancionador e não obrigatoriamente como parte do direito ou sistema penais. Assim, nada impediria a idealização de um direito de intervenção para tais casos que, por suas características particulares, deveriam sempre ser tratados em leis esparsas. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que se deve restringir a aplicação penal sobre condutas que dela não necessitam, de outro, deve-se praticar uma forma sancionatória mais próxima da administrativa, a qual pode solucionar melhor o impasse atual. O direito administrativo sancionador revela-se mais adequado para o intuito repressivo. De toda a sorte, a aplicação de conceitos penais de cunho mais arrojado há de ser presente para que este novo direito se mantenha dentro de um espírito de legalidade, em que o justo seja buscado e alcançado. O espírito da proposta de Renato Silveira é que o critério de imputação deve ser diferenciado para bens individuais e difusos. Ao mesmo tempo em que as garantias individuais do homem não podem ser violadas, as garantias, no que tange aos novos tipos penais, podem ser mais flexíveis. Sem dúvida, “o direito de intervenção ou direito administrativo penal mostrar-se-á de forma mais dura que o direito administrativo tradicional”²⁸

Silva-Sanchez, por sua vez, relaciona a expansão do Direito Penal com a visão de setores da sociedade de que este seria o único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização e civilização, e aponta como causa dessa visão, em parte, a inadequação de outras três formas de controle: a ética social, que estaria falida; o Direito Civil, cuja responsabilização cada vez mais objetiva não expressa nenhum conteúdo de reprovação a atos ilícitos, tendo o efeito de uma seguridade generalizada e apenas patrimonial; e o Direito Administrativo, que se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor, preventivos ou punitivos, e a burocratização incontrolável que lhe é característica. A partir da expansão do Direito Penal, o prognóstico de Silva-Sanchez é que o Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional será um direito menos garantista, no qual se flexibilizarão regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais,

²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003. p. 214-215.

substantivas e processuais. Nesse ponto, esse Direito Penal não fará mais que acen-
tuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas
últimas leis “em matéria de luta contra a criminalidade econômica, a criminalidade
organizada e a corrupção”.²⁹

Silva-Sanchez não se perfila com a ideia de direito de intervenção de Hasse-
mer. Afirma ele que não haveria nenhuma dificuldade em admitir um modelo de
menor intensidade garantística dentro do Direito Penal e a opção político-jurídica
pelo Direito Penal continua tendo vantagens relevantes, não vinculadas necessa-
riamente à dureza fática da sanção: mecanismo público de persecução, algo que
lhe atribui uma dimensão comunicativa superior, de simbolismo por estigmatiza-
ção. Comparativamente ao Direito Administrativo, e, portanto dentro do âmbito
sancionatório, o Direito Penal aporta sua maior neutralidade no que diz respeito à
política, assim como a imparcialidade própria do âmbito jurisdicional, o que torna
mais difícil o infrator valer-se de técnicas de neutralização do juízo de desvalor
administrativo (como, por exemplo, influência política sobre o administrador).³⁰

A proposta de Silva-Sanchez parte da constatação de uma realidade da qual
o autor considera impossível retroceder: a expansão do Direito Penal e a coexistên-
cia de vários direitos penais distintos, com estruturas típicas, regras de imputação,
princípios processuais e sanções substancialmente diversas. A partir dessa cons-
tatação, e considerando improvável um movimento de despenalização, propõe o
autor que “as sanções penais que se imponham ali onde têm se flexibilizado as
garantias não sejam penas de prisão”. Pondera Silva-Sanchez que a demanda so-
cial de proteção por meio do Direito Penal provavelmente não se veria satisfeita
de um modo funcional com um direito penal reduzido a um núcleo principal. A
resposta a essa demanda punitiva resolve-se com a ampliação do Direito Penal
para proteger interesses que não pertenciam a seu âmbito clássico de aplicação,
e essa expansão flexibilizará provavelmente regras de imputação e princípios de
garantia, vez que dada à natureza dos interesses do objeto de proteção, dita tutela

²⁹ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 61 e 75.

³⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 141 - 142.

seria praticamente impossível no marco de regras e princípios clássicos. Mas essa ampliação não poderia basear sua requerida força comunicativa na imposição de penas privativas de liberdade.³¹

O autor denomina sua proposta de direito penal de duas velocidades porque ainda persistiria um direito penal remanescente, “mais lento” porque salva-guarda o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível de direitos ao qual se assinala uma pena de prisão, que seria a primeira velocidade. A segunda velocidade, correspondente a um direito penal “mais rápido”, encontra-se em um direito penal mais distante do núcleo criminal e no qual se impõem penas mais próximas às sanções administrativas (privativas de direitos, multas, sanções que recaem sobre pessoas jurídicas) e se flexibilizam os critérios de imputação e as garantias político-criminais. A característica essencial de tal campo continuaria sendo a judicialização (e a consequente imparcialidade em maior grau), da mesma forma que a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e das sanções, sem que estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena de prisão. Sanchez usa como exemplo do seu direito penal de duas velocidades o direito penal econômico, em que caberia uma flexibilização controlada das regras de imputação (responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria, ou da imputação por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro), como também dos princípios político-criminais de garantia (legalidade, culpabilidade). Tais princípios seriam suscetíveis de uma acolhida gradual, e não teriam que ser tratados de forma idêntica nos dois níveis de direito penal.

6 Perspectivas concretas: rumo a um direito de intervenção anticorrupção

Neste capítulo 5, o último do trabalho, utilizam-se aqueles conceitos e categorias manejados nos capítulos precedentes para propor características de um vindouro direito de intervenção anticorrupção. Várias dessas características, mui-

³¹ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 143 -144.

to embora não sistematizadas em uma nova espécie jurídica, já existem de forma embrionária e esparsa em nosso ordenamento jurídico. Não só para os tipos de infração administrativa à ordem econômica da Lei 8.884/1994, mas também com o foco específico em anticorrupção.

A proposta básica é que a expansão do Direito Penal seja acompanhada de um movimento de despenalização relativo à imposição de penas privativas de liberdade. Mas como o outro paradigma é a eficácia, e a demanda social de proteção por meio do Direito Penal provavelmente não se veria satisfeita de modo funcional com um direito penal reduzido a um núcleo principal, a proposta contempla também a ampliação desse novo direito para proteger interesses que não pertenciam ao âmbito clássico de aplicação do Direito Penal. Esta particularização inicial da proposta deve envolver considerações sobre as seguintes dimensões desse direito de intervenção anticorrupção: marco principiológico, componentes legitimadores enquanto política criminal, natureza e espécies das sanções.

6.1 Marco principiológico

Quanto ao marco principiológico, o direito de intervenção anticorrupção seria caracterizado pela minoração da força de princípios do direito penal tradicional, mediante uma reinterpretação das garantias clássicas tanto do direito penal material quanto do processual. Essa minoração de garantias não seria feita sem critérios, todavia, e ocorreria somente nos campos onde coubesse uma flexibilização controlada – a “segunda velocidade” representada por esse novo sistema sancionatório não ocorreria sem parâmetros. Não se fala em abolição desses princípios, ressalte-se. Mas, como tais princípios são suscetíveis de acolhida gradual, não teriam que ser tratados de forma idêntica nos dois níveis (direito penal e direito de intervenção). A sanção só seria cominada após a condução de um procedimento que atendesse os requisitos mínimos do devido processo legal, com a oportunidade de ampla defesa e contraditório ao acusado, mas poderia ser temperado com restrições à recorribilidade de decisões interlocutórias ou acautelatórias, ou da prescindibilidade de defesa técnica por advogado.

Todavia, não se abriria mão de outros princípios decorrentes da *rule of law*, como a proibição da analogia *in malam partem*; a interpretação restritiva; a exigência de tipicidade (ainda que os tipos sejam construídos mais abertos); a vedação a conceitos extrajurídicos, conceitos indeterminados e locuções abertas; a irretroatividade, a não ser da nova lei mais benigna; e a necessidade de individualização da pena. Foi visto que a expansão da proteção penal de bens jurídicos supraindividuais vai de encontro aos princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal. Esse conflito poderia ser solucionado se essa expansão, necessária à proteção – ou pelo menos ao sentimento de proteção – desses novos direitos, for desviada do curso do Direito Penal para o novo leito do direito de intervenção. Tutelar-se-iam os novos interesses por meio do direito de intervenção, e o direito penal “nuclear” permaneceria mínimo e subsidiário, cuidando das violações mais graves a direitos individuais. O direito de intervenção representa, portanto, uma solução adequada e realista aos anseios de incremento da tutela de bens jurídicos supraindividuais. Assim, princípios de diversas ordens poderiam ser tratados de forma adaptada ao direito de intervenção, sem, entretanto, serem abolidos. A saber:

(1) *Devido processo legal*. A sanção só seria cominada após a condução de um procedimento que atendesse os requisitos mínimos do devido processo legal, com a oportunidade de ampla defesa e contraditório ao acusado, mas poderia ser temperado com restrições à recorribilidade de decisões interlocutórias ou acautelatórias, ou da prescindibilidade de defesa técnica por advogado.

(2) O *princípio da legalidade* também poderia ceder espaço ao princípio da oportunidade, no caso de alocação de esforços e recursos para decidir quais infrações investigar e punir. Com um universo expandido de bens jurídicos supraindividuais protegidos pelo direito de intervenção, as autoridades responsáveis por essa nova forma de persecução teriam que adotar critérios para escolher onde focar seus esforços. Em oposição à obrigatoriedade/indisponibilidade da ação penal, o processo no direito de intervenção anticorrupção se apresenta pautado pela discricionariedade/oportunidade controladas. Obviamente que os critérios utilizados para fundamentar a escolha de quem investigar/punir devem ser proporcionais e razoáveis, para a discricionariedade não se transformar em arbitrariedade.

Critérios razoáveis seriam, por exemplo, chegar à decisão sobre quem ou quais grupos investigar a partir de mapas de avaliação de risco de corrupção, a partir de modalidades/setores de compras, obras ou serviços públicos notoriamente atraentes de fraudes à licitação, ou ainda a partir de descompassos entre a renda de alguns servidores públicos e seu patrimônio ou padrão de vida. Na fase processual, que precederia a aplicação da sanção, o custo-proveito de instauração de um procedimento poderia ser calculado com base na expectativa de sucesso/efetividade, levando em conta fatores como robustez probatória ou gravidade do fato. Nesse ponto da oportunidade *versus* legalidade, o direito de intervenção seria mais genuíno do que o direito penal tradicional tal como praticado atualmente, porque a preocupação com a efetividade das investigações e dos processos estaria explícita no discurso e nas práticas, com base em critérios razoáveis e, portanto, controláveis. Todavia, não se abriria mão de outros princípios decorrentes da *rule of law*, como a proibição da analogia *in malam partem*; a interpretação restritiva; a exigência de tipicidade (ainda que os tipos sejam construídos mais abertos); a vedação a conceitos extrajurídicos, conceitos indeterminados e locuções abertas; a irretroatividade, a não ser da nova lei mais benigna; e a necessidade de individualização da pena.

(3) *Necessidade de individualização da pena.* Um dos óbices apontados pela doutrina para responsabilização penal da pessoa jurídica é a impossibilidade de individualização da pena, decorrente da ausência de conduta “real” de um ente que é uma ficção jurídica. Mas, como se verá adiante, uma das regras de imputação de um futuro direito de intervenção seria a relevância dos tipos de perigo abstrato e punição da conduta omissiva. Assim, seria perfeitamente possível conceber a individualização e dosimetria da sanção atribuída a uma pessoa jurídica pela prática de corrupção por um de seus empregados.

Imagine-se, por exemplo, duas companhias. A primeira conta com um sólido programa interno de *compliance* anticorrupção, que envolve medidas como treinamento de seus empregados e executivos em responsabilidade corporativa ética, ou como uma linha direta interna para denúncias de corrupção. A segunda companhia, entretanto, não possui nem um código de ética interno, ou, se o possui, ele é apenas figurativo, não divulgado ou não observado como parâmetro pelos seus altos níveis diretivos. Imaginemos agora que a primeira empresa tenha tido

ciência posterior de um ato de corrupção praticado por um gerente, e que, após alguma apuração interna, revele esse fato às autoridades competentes e coopere prestando todas as informações solicitadas para o esclarecimento. Já na segunda companhia, por sua vez, um empregado revelou a um diretor indícios da prática de corrupção por um gerente e, como consequência, a diretoria resolveu tomar medidas para ocultar provas desse ato de corrupção, preservou o gerente em sua posição, e este, por sua vez, demitiu o empregado denunciante por ter suprimido um degrau hierárquico na empresa e não ter sido “leal” ao seu superior direto. Essas duas pessoas jurídicas certamente seriam sancionadas de forma diversa em um direito de intervenção anticorrupção.

Inclusive, a possibilidade de punição da pessoa jurídica por um direito de intervenção anticorrupção daria cumprimento a obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. A Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, publicada pelo Decreto 3.678/2000, estabelece em seu Artigo 2 a obrigação de os Estados-Partes de tomarem todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos. Mas consente em seu Artigo 3 que, caso a responsabilidade criminal, de acordo com cada sistema jurídico, não se aplique a pessoas jurídicas, o Estado-Parte deverá assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras. O Artigo 26, item 4, da Convenção da ONU contra a Corrupção contém disposição praticamente idêntica.³² Idem para o regime das contraordenações portuguesas, que admite, consoante o art. 7º do Decreto-Lei nº 433/82, a punição de “pessoas singulares”, “pessoas coletivas” e “associações sem personalidade jurídica”. Em 2010, o Executivo iniciou Projeto de Lei, concebido na CGU, que trata da

³² Artigo 26 – Responsabilidade das pessoas jurídicas: 4. Cada Estado-Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não-penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

responsabilidade da pessoa jurídica por ato de corrupção, inclusive de funcionário público estrangeiro.³³

(4) *Regras de imputação.* Não apenas princípios de garantia do Direito Penal seriam aplicados de forma relativizada no direito de intervenção, como também algumas das principais regras de imputação ortodoxas passariam por um processo de releitura. Nas alíneas a seguir, elencamos as principais regras de imputação associadas com o direito penal tradicional (crime praticado por um indivíduo em detrimento de um bem jurídico de natureza individual), e as debatemos com regras de imputação correspondentes em um direito de intervenção:

- a) *Quanto à pessoa:* no direito penal tradicional, vigora a responsabilidade penal da pessoa natural, salvo raríssimas exceções. No direito de intervenção anticorrupção há a responsabilidade relevante também da pessoa jurídica, com hipóteses de solidariedade e desconsideração entre esta e seu administrador.
- b) *Autoria* no Direito Penal em regra imediata – quem efetivamente, diretamente e fisicamente praticou o ato criminoso é quem responde perante o Direito Penal. No direito de intervenção, há ampliação dos critérios de autoria – quem determinou a prática do ato, ou dele se beneficiou também responde, talvez de forma até mais gravosa do que quem praticou diretamente. Ex.: também a pessoa jurídica responderia por ato de corrupção praticado por um empregado.
- c) *Conduta:* no Direito Penal a imputação é majoritariamente por ação, e residualmente por omissão – a obrigação penal se estrutura de forma negativa: comina-se uma pena à descrição de uma conduta que se entende proibida. No direito de intervenção, a imputação por omissão é relevante para o sistema – não se prescindirá de tipos, mas se utilizará largamente a técnica de descrever uma obrigação de forma positiva, com sanções pela não

³³ Projeto de Lei 6826/2010 . Disponível em: <[www.camara.gov.br/sileg/ Prop_Detalhe.asp?id=466400](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=466400)>. Acesso em: 15/04/2011

atuação positivamente prescrita. Ex.: obrigação de empresas de adotar programas de *compliance* anticorrupção.

- d) *Dolo*: no direito penal tradicional há a forte exigência de elementos probatórios que demonstrem inegavelmente a ciência do ato praticado, ou que condicionem essa ciência a um estado cognitivo de ânimo do agente de violar um bem jurídico determinado (dolo específico). No direito de intervenção seriam suficientes à imputação os meros dolo genérico, dolo eventual, dolo de perigo e até mesmo o dolo presumido.³⁴ Para a pessoa jurídica, outros requisitos de vencibilidade do erro podem ser adotados, como *culpa in eligendo* ou *vigilando*. Da mesma forma, a comprovação de *due diligence* pode ensejar a redução da responsabilidade.
- e) *Efeitos da coisa julgada penal*: procedimentos e a sentença proferida no processo penal gozam de autoridade em face de outros juízos: segundo os arts. 63 a 67 do Código de Processo Penal, a sentença penal faz coisa julgada no âmbito das obrigações civis e administrativas, mas o inverso não ocorre. Nos casos de absolvição no processo de intervenção, o processo penal seria a este subsidiário. Para se garantir a unidade da ordem jurídica e para se evitar decisões reciprocamente excludentes, o procedimento interventivo poderia causar o arquivamento provisório – e eventualmente definitivo em um momento posterior – de um procedimento investigatório ou punitivo penal.³⁵

³⁴ Como o da receptação qualificada (art. 180, § 1º, do Código Penal): “Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que **deve saber** ser produto de crime:” (grifo nosso)

³⁵ Segundo a Convenção da ONU contra a Corrupção: Artigo 47 – Enfraquecimento de ações penais: os Estados Partes considerarão a possibilidade de enfraquecer ações penais para o indiciamento por um delito qualificado de acordo com a presente Convenção quando se estime que essa remissão redundará em benefício da devida administração da justiça, em particular nos casos aos quais intervenham várias jurisdições, com vistas a concentrar as atuações do processo.

6.2 Política criminal

O desenho de um direito de intervenção anticorrupção enquanto política criminal deve extrair sua legitimação de dois pilares: descriminalização e desencarceramento. A descriminalização se coloca como referência de uma posição minimalista do Direito Penal, do resgate de um princípio tradicional de política criminal de se ter no Direito Penal a “*ultima ratio*” do poder coercivo monopolizado pelo Estado. Como visto anteriormente no capítulo 2 deste trabalho, o crescente surgimento e valorização de bens jurídicos etéreos, supraindividuais, típicos da sociedade moderna de risco, teve como consequência a expansão do Direito Penal como tecnologia de proteção desses novos valores. Mas, conforme proposto por Hassemer, preocupações com a efetividade e os custos envolvidos com o processo penal fazem com que o Direito Processual atualmente em uso contra os delitos típicos da supraindividualidade se pautem mais pela oportunidade do que pela legalidade. Esse processo penal “oportunistar” visa adequar o extenso rol de tipos penais do Direito Penal sobre-expandido às possibilidades materiais e políticas do aparelho persecutório e punitivo, e, por essa razão, ele é visto como uma “válvula de escape” menos legítima, pelo fato de ser menos genuína: do lado da política declarada, *politics*, – o Direito Penal – o discurso é o da maximização e da expansão para tutela de novos bens jurídicos, enquanto que do lado da política posta em prática, *policy*, – o Direito Processual – as atividades persecutórias são guiadas por critérios realistas de eficiência e economia.

O conflito entre os dois discursos é característico, por exemplo, de investigações criminais que envolvem delitos do colarinho branco: o Direito Penal exige, pelo princípio da obrigatoriedade e indisponibilidade, que todos os fatos suspeitos sejam minuciosamente investigados. Mas a amplitude de partícipes, a dificuldade de precisar a conduta de cada um, e as limitações inerentes de tempo e custo na produção de provas válidas perante um juízo penal fazem com que a polícia e o ministério público selecionem quais condutas e investigados serão processados. E o fazem discricionariamente, de forma não controlada e segundo critérios subjetivos – pautar-se pela obrigatoriedade estrita significa não efetividade, traduzida em absolvições por insuficiência de provas ou por prescrição. Em um direito de intervenção anticorrupção, verdadeiramente pautado pelos princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade, ocasionar-se-iam menos motivos para um

processo penal oportunista. Por isso se propõe a descriminalização de uma série de condutas atualmente previstas pelo direito penal material, objetivando-se uma redução da punibilidade atualmente transbordante para um “direito penal nuclear”, nas palavras de Hassemer. Esse “direito penal nuclear” corresponde ao direito e sistemas penais tradicionais, cuja resposta-sanção modelo é o encarceramento de indivíduos.

A título de ilustração, alguns dos exemplos de tipos penais que poderiam deixar de existir na esteira de um processo de política criminal de descriminalização encontram-se no Decreto-Lei 201/1967, que trata da responsabilidade de prefeitos e vereadores. O art. 1º dessa norma enumera as condutas típicas que configuram crimes de responsabilidade, em um total de 23 incisos. A responsabilidade criminal dos agentes municipais é usualmente associada à prática de atos de corrupção. Entretanto, a nosso ver, apenas dois dos incisos desse artigo contêm, nos elementos dos respectivos tipos penais, a descrição suficiente de um ato de corrupção. Tomando como referência apenas para esse raciocínio um conceito bastante elementar de corrupção – a transformação ilícita de recursos públicos em benefícios privados – apenas os incisos I (“apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio”) e II (“utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos”) descrevem atos de corrupção. Os demais incisos, tais como o III (“desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas”), IV (“empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam”), XIII (“nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei”) e XXIII (“realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei”) não descrevem propriamente atos de corrupção, porque lhes falta o elemento típico de benefício privado, segundo o conceito simplório de corrupção que usamos nesse raciocínio.

Não se quer dizer que a aplicação indevida de recursos públicos, a contratação de servidores de forma ilícita ou a transferência voluntária de recursos mal feita não sejam atos antijurídicos, e que não devam ensejar a responsabilização de prefeitos e vereadores. Os quatro incisos que usamos como exemplo de não tipos penais de corrupção descrevem condutas que fazem parte da cadeia de

riscos de um ato de corrupção, ou que indicam a probabilidade de que a real motivação daquela conduta tenha sido corrupta. Na verdade, se em cada um desses incisos houvesse o elemento subjetivo “em proveito próprio ou alheio”, todos eles seriam atos de corrupção, mas é justamente a ausência desse elemento subjetivo que serve para diferenciar a descrição de um ato de corrupção da mera falha ou má-gestão administrativa. O próprio legislador, em certa medida, reconhece e segue essa distinção: segundo o §1º do artigo em questão, os crimes dos incisos I e II são punidos com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos. Tomando por base as regras do art. 44 do Código Penal, que trata das penas restritivas de direito, é estatisticamente improvável que um réu fique preso por uma pena desse porte, especialmente um réu primário. Logo, na visão principiológica exposta, seria politicamente mais legítimo e economicamente mais eficiente retirar essas condutas tipificadoras de má-gestão do âmbito do Direito Penal. Sendo o bem jurídico relevante, mas não ao ponto de merecer a proteção do Direito Penal, outros ramos do direito poderiam tutelá-lo, como o administrativo. Havendo componentes de censura desejáveis, ou se as condutas que se deseja prescrever se inserirem em um contexto de ameaça ou de agravamento de um risco (as condutas dos incisos III, IV, XIII e XXIII influem para aumentar o risco de corrupção, por exemplo), o direito de intervenção entraria em cena.

A descriminalização de certas condutas e a migração da sua tutela coercitiva do direito penal tradicional para o direito de intervenção importam, por conseguinte, em desencarceramento, o segundo pilar valorativo do direito de intervenção enquanto política pública. Naturalmente, a expansão do Direito Penal significa a expansão correspondente do sistema penal e de uma de suas características menos desejáveis: privação em escala industrial da liberdade de um contingente expressivo de seres humanos, sem a consequente determinação política de se despendem recursos públicos para garantir padrões mínimos de salubridade aos encarcerados. Passados mais de 70 anos, Sobral Pinto ainda é tristemente atual: violação a direitos humanos não é uma expressão precisamente adequada para caracterizar o sistema prisional brasileiro – nem gado chega a ser confinado como seres humanos o são em alguns presídios.

Por outro lado, em um país com o nosso nível de déficit social, reconhece-se como não realista a esperança de que recursos públicos sejam desviados de áreas politicamente atraentes (como infraestrutura produtiva, educação, previdência e saúde) para o incremento da qualidade do sistema prisional. Que político retiraria verbas de crianças, velhos e doentes e as gastaria com condenados?³⁶ O direito de intervenção, com suas características de descriminalização e desencarceramento, não é a solução completa para esse problema – se é que existe uma – mas atua minorando-o e evitando que a expansão do Direito Penal sobre os bens jurídicos supraindividuais o agrave. Como afirma Silva-Sanchez, a “segunda velocidade” do Direito Penal não pode basear sua requerida força comunicativa na privação de liberdade.³⁷ Em outra decorrência positiva, o direito de intervenção anticorrupção seria menos estigmatizante do que o Direito Penal.

Outro fundamento do desencarceramento, segundo o postulado de um direito de intervenção, é a finalidade da pena de restrição de liberdade. Especificamente para o caso da corrupção (embora valha para outras espécies de criminalidade macroeconômica), não há qualquer discurso legitimador da sanção penal de encarceramento, que envolva, por exemplo, categorias como ressocialização, prevenção geral ou especial. Aquele que pratica um crime de colarinho branco, em regra, não padece de nenhuma carência de *socialização*. Isso porque a instrução e o aperfeiçoamento profissionais recebidos por esse indivíduo, juntamente com seus contatos – também pessoas de nível econômico respeitável – foram justamente os fatores sociais que ensejaram a *oportunidade* para a prática do referido crime. Também é difícil conceber algum valor de prevenção geral nas sanções de privação de liberdade previstas para a macrocriminalidade, pelo menos em um nível minimamente efetivo. A classe social a que pertence, a possibilidade de con-

³⁶ O termo “condenados” foi usado na frase de forma retórica. A realidade é pior, reservando o tratamento brutal de nosso sistema prisional a milhares de indivíduos sem culpa penal formada contra eles. A população carcerária, medida em junho de 2010, segundo o Departamento Penitenciário Nacional-Depen, é de 494.237 presos. Quadro disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={4DB22D35-62BC-43B8-84C9-17D8FA374F23}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD}>>

³⁷ SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. p. 144.

tar com defesa técnica de qualidade superior, e o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal emitido no HC 84.078,³⁸ tornam o típico agente que pratica um crime de colarinho de certa forma intimorato das consequências penais de seus atos. Em boa medida, a prevenção especial também é prejudicada, se entendida no âmbito do direito penal tradicional: foco no encarceramento do agente, e recuperação de ativos oriundos do crime em segundo plano. Sendo a motivação e o objeto do delito de colarinho branco majoritariamente econômicos, a mera privação de liberdade não impede o gozo futuro, ainda que diferido, do produto do crime. Em níveis extremos, não são raras as notícias de criminosos de colarinho branco que, mesmo da prisão, continuam a reger os agentes remanescentes em liberdade de uma organização criminosa. Conclui-se, então, que, para os delitos dessa natureza e, especialmente para a corrupção, a função da pena apenas como castigo e retribuição é a que se tem presente, conclusão semelhante à que chega Roberto Livianu.³⁹

6.3 Conteúdo sancionatório

Se a perspectiva é a descriminalização e o desencarceramento, como então se manifestaria o conteúdo coercitivo, qual seria a natureza das sanções em um direito de intervenção anticorrupção? Também é relevante indagar em que as sanções desse direito de intervenção seriam diferentes das sanções aplicadas no Direito Administrativo. Em termos de política criminal, a escolha da via penal ou da via administrativa não possui uma relação direta com a importância do bem jurídico, tratando-se antes de uma escolha com base na conveniência política de um dos dois caminhos, tendo em vista a alcançar os fins preventivos e retributivos de um direito punitivo que cada vez mais se faz único. Trata-se, portanto, de um problema de eficácia, e não de uma questão de diversidade axiológica.

³⁸ HC 84078/MG, rel. Min. Eros Grau, 5.2.2009. Informativo nº 534: “Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”

³⁹ LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 106.

Da mesma forma que os interesses supraindividuais estão, figurativamente, à meia distância entre os direitos públicos e os direitos individuais, o direito de intervenção – que busca proteger justamente os bens jurídicos supraindividuais – teria seu viés coercitivo à meia distância entre o processo penal e o processo administrativo, entre as sanções penais e as sanções administrativas. Assim, de um lado figura o Direito Penal tradicional, com penas privativas de liberdade, processo mais grave e caráter mais estigmatizante. A sanção do Direito Penal destaca-se pela sua característica primordial de ser aflagrante, retributiva. Do outro, o Direito *Administrativo, com sanções simbólicas* (os *proveitos obtidos* com a prática da atividade regulada compensam o risco da multa eventual), processo mais expedito e um conteúdo quase nulo de sanção moral. Atualmente, muitas vezes a pena imposta ao ilícito administrativo não vai além de um caráter remuneratório da Administração, quase tributário. Como nesses casos seu conteúdo destina-se como manutenção extraorçamentária de determinada estrutura ou aparelho do Estado, sua magnitude é prevista justamente com base no cálculo econômico de que o administrado, em algumas ocasiões, preferirá pagar a multa a se comportar da forma prevista no respectivo regulamento administrativo.

Dessa forma, o conteúdo sancionatório do direito de intervenção anticorrupção deve se situar equidistante dos extremos desse espectro. Como tratado anteriormente, a sanção do direito de intervenção não deve ser privativa de liberdade e tão estigmatizante quanto a do Direito Penal. Seriam, então, penas restritivas ou extintivas de direitos, ou pecuniárias. Porém, o Direito Penal continua tendo vantagens relevantes, não vinculadas necessariamente à dureza fática da sanção, e que podem ser transpostas, em menor escala, para o direito de intervenção anticorrupção. Silva-Sanchez indica um mecanismo público e próprio de persecução, algo que atribui à sanção do direito de intervenção uma dimensão comunicativa superior, um simbolismo gravoso de censura. Esse efeito pode ser reforçado pelo incremento da magnitude e da gravidade das penas restritivas de direito e pecuniárias, de forma que essas sanções não sejam, como as do direito administrativo tradicional, moralmente neutras. O mecanismo procedimental e institucional de persecução adotado pelo direito de intervenção provavelmente não será tão célere

e autoexecutório quanto o do Direito Administrativo, devido aos limites principiológicos enumerados no início deste capítulo. Mas, como estes princípios se encontram em uma dimensão restringida dos princípios penais clássicos, o processo do direito de intervenção deve ser mais ágil e dinâmico do que o do Direito Penal. É de se considerar que o aumento da gravidade das sanções restritivas de direito por um direito de intervenção daria cumprimento ao Artigo 3, item 4 da Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, segundo o qual “cada Parte deverá considerar a imposição de sanções civis ou administrativas adicionais à pessoa sobre a qual recaiam sanções por corrupção de funcionário público estrangeiro”.

O valor da sanção do direito de intervenção não deve ser encontrado apenas na retribuição, e tampouco na remuneração proporcionada pela pena. O valor do conteúdo coercitivo, especialmente para o direito de intervenção anticorrupção, deve ser buscado na prevenção de novos ilícitos e, sobretudo, na reparação dos danos causados. Esses valores são destacadamente importantes quando se trata de atos de corrupção, ainda mais porque não são devidamente atendidos com o paradigma atual de persecução penal, ainda que vigente um Direito Penal expandido: os escândalos são estancados de forma reativa, e não preventiva, e o patrimônio público desviado, em regra, não é recuperado.

Das sanções que se cogita para o direito de intervenção anticorrupção, aquelas como multa pecuniária, obrigação de reparar o dano causado ao patrimônio público, ou bloqueio/sequestro cautelar de patrimônio são nitidamente medidas voltadas ao valor “reparação”. Porém, como afirmado acima, essas sanções, e mais as outras também, possuem todas um forte componente de prevenção. A prevenção no direito de intervenção anticorrupção é substancialmente diferente da prevenção do direito penal tradicional, que é, na visão de Hassemer, uma prevenção meramente normativa. Essa prevenção é normativa porque decorre apenas do valor retributivo de desestímulo contido na sanção: a única maneira de incrementar o valor de prevenção de um tipo penal é ou aumentar a pena que lhe é imposta ou dotar as instituições persecutórias de formas mais eficientes – e geralmente, mais

invasivas – de revelar e provar os elementos de fato que compõem o tipo penal;⁴⁰ ou ainda, diminuir os requisitos de robustez probatória para a condenação.⁴¹

Segundo Hassemer, esse modelo de prevenção apenas normativa não é adequado com os parâmetros de política criminal descritos acima, vez que o aumento dessa forma de prevenção apenas significa aumento da quantidade de tipos penais, das penas (também de encarceramento) e intensificação de medidas invasivas de investigação.⁴² Como alternativa à prevenção normativa, Hassemer entende que outros ramos do Direito, como o administrativo, o direito do serviço público, o direito tributário poderiam ser empregados para atingir o que ele define como prevenção técnica. Especialmente quando se trata de criminalidade organizada, entende tal autor que, para além do desmonte dos direitos fundamentais do cidadão e da ampliação da autorização da intervenção estatal, típicos da prevenção normativa, a prevenção técnica pode impor ao crime organizado obstáculos fát-

⁴⁰ O direito das contraordenações português prevê uma série de restrições a novas “tecnologias probatórias”, reputadas como mais invasivas. Vejo com reservas esse tipo de restrição *a priori*, que especifica formas probatórias proscritas: creio que a invasividade da atividade probatória depende menos das formas e meios em abstrato, e mais dos métodos, motivação, discricção e circunstâncias em concreto. De qualquer forma, o Decreto-Lei nº 433/82 estabelece que: Artigo 42-1 – Não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional. Artigo 42-2 – As provas que colidam com a reserva da vida privada, bem como os exames corporais e a prova de sangue, só serão admissíveis mediante o consentimento de quem de direito.

⁴¹ Segundo HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 148. Até o momento, o combate da criminalidade organizada vem se dando por intermédio da prevenção normativa - um tipo de prevenção que se realiza por meio de normas, mais especificamente, por meio de limitação de direitos fundamentais: limites penais máximos e mínimos são aumentados, as ameaças de penalização são ampliadas, implicando para os cidadãos um desmonte das esferas de liberdade.

⁴² Segundo HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 97: Seria atual, mas equivocado, retirar da periculosidade dos desenvolvimentos corruptíveis então a conclusão deque esses deveriam ser combatidos com os meios mais severos que possuímos, ou seja, com os meios penais: novas tipificações, aumento das penas, eliminação dos pressupostos da punibilidade como eventualmente dos acordos ilegais, redução do requisito do dolo ou de sua comprovação, agravamento dos instrumentos da investigação como o controle telefônico, investigadores secretos, escutas e testemunhas principais. Isso é o esquema do estímulo-reação que seguimos há anos.

cos, organizacionais ou econômicos,⁴³ tais como medidas antilavagem de dinheiro, delação premiada, impedimento das relações corruptivas na Administração por meio de regras organizacionais e de capacidade e da ocupação e troca de informação regulamentada sobre suspeitos em situação de corrupção.

Em nossa visão, o binômio da prevenção Normativa versus Técnica proposto por Hassemer também se encaixa como modelo em um paradigma de entendimento da corrupção enquanto fenômeno típico da atual sociedade de risco. Isso porque há uma extensa literatura a respeito de “melhores práticas” para prevenir a ocorrência de atos de corrupção, formada por compêndios, manuais e *cases*, editados por organismos internacionais, governos, organizações da sociedade civil, e empresas que prestam serviços de *compliance*.⁴⁴ Os respectivos autores, nacionais e internacionais, são especialistas de diversas áreas, do Direito à Administração pública, da Ciência Política à Economia. Ao dissecar o fenômeno da corrupção, tratando das suas causas próximas ou remotas, de macrofatores políticos ou de microfatores psicológicos, das suas consequências econômicas ou jurídicas, o conjunto dessas obras é o substrato intelectual que permite enxergar na corrupção um fenômeno típico da sociedade de riscos. No âmbito da sociedade de risco, é possível, portanto, prever com determinado grau de certeza a ocorrência de corrupção, no sentido de identificar, em termos de probabilidades, quais departamentos ou áreas dos setores público ou privado seriam mais propensos a sofrer com a corrupção, em quais ocasiões e por quais motivos. Com essa capacidade de previsão vem, completando o sentido da sociedade de risco segundo Giddens,⁴⁵ o desejo, institucionalizado juridicamente sob a forma de uma necessidade pública, de evitar, mitigar ou controlar o fenômeno da corrupção enquanto risco⁴⁶ – o pessimismo, segundo nossa visão da Introdução deste trabalho. Dessa forma, a responsabilização no direito de intervenção anticorrupção decorreria não apenas da ocorrência do ato de corrupção em si, mas também da omissão de uma empresa em ado-

⁴³ HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 97 e 142.

⁴⁴ Boa parte dessas obras é de acesso livre e podem ser baixada do sítio da Biblioteca Virtual sobre Corrupção da CG: <<http://bvc.cgu.gov.br/community-list>>.

⁴⁵ GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *Modern Law Review*, v. 62, n. 1, p. 1-10, jan. 1999.

⁴⁶ Ou até mesmo assumi-lo: GLENNY, Micha. Mafyia: as parceiras do capitalismo. In: *McMafia. Crime sem fronteiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 69-95.

tar programas internos de prevenção. Da mesma maneira, verificada a ocorrência concreta de corrupção, a desconsideração quanto às obrigações relativas ao risco seria o fato gerador punitivo ou geraria um agravamento na responsabilização.

É interessante registrar que as três convenções anticorrupção às quais o Brasil se obrigou internacionalmente contêm dispositivos que, de forma subjacente, são informados por princípios de gerenciamento de risco, ao prever obrigações especificamente voltadas para diminuir a probabilidade de ocorrência de casos de corrupção, obrigações estas que, se internalizadas pelos Estados Partes, recairão, em boa parte, sobre o setor privado. Assim, a Convenção da OCDE sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros traz no seu Artigo 8, item 1, a obrigação de os Estados-Partes criarem regulamentos determinando que as empresas mantenham registros contábeis e declarações financeiras claras e verdadeiras, de forma a dificultar a ocultação de atos de corrupção.⁴⁷ O não cumprimento dessa obrigação deve ensejar, segundo o item 2 do mesmo artigo, “penas civis, administrativas e criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas pelas omissões e falsificações em livros e registros contábeis, contas e declarações financeiras de tais companhias”. A Convenção Interamericana contra a Corrupção em seu Artigo III, item 10, obriga os Estados- partes a adotar, com o objetivo de impedir o suborno de agentes públicos nacionais e estrangeiros, mecanismos para garantir que as empresas “mantenham registros que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção”.

⁴⁷ Artigo 8 – Contabilidade: 1. Para o combate efetivo da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias, no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria, para proibir o estabelecimento de contas de caixa “dois”, a realização de operações de caixa “dois” ou operações inadequadamente explicitadas, o registro de despesas inexistentes, o lançamento de obrigações com explicitação inadequada de seu objeto, bem como o uso de documentos falsos por companhias sujeitas àquelas leis e regulamentos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção.

A Convenção da ONU contra a Corrupção vai na mesma linha, obrigando, em seu Artigo 12, os Estados -partes a adotar medidas para prevenir a corrupção melhorando as normas contábeis e de auditoria no setor privado. E, em caso de descumprimento dessas normas, os Estados-Partes são orientados a “prever sanções civis, administrativas ou penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas em caso de não cumprimento dessas medidas”. Algumas das medidas sugeridas pela Convenção envolvem a formulação de códigos de conduta para funcionários do setor privado e a promoção de boas práticas comerciais nas relações contratuais com o Estado, além de medidas relativas à identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas no estabelecimento e na gestão de empresas, evitando a figura de sócios ou controladores ocultos, à prevenção de conflitos de interesse, mediante restrições por um período à contratação de ex-funcionários públicos, a controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar atos de corrupção, e a procedimentos apropriados de auditoria e certificação sobre as contas e estados financeiros das empresas.

É de se ressaltar que não apenas o setor privado pode ser sujeito de uma obrigação dessa natureza: Hassemer cogita acerca da possibilidade de obrigar agentes públicos a registrar e comunicar determinadas práticas ou fatos, obrigação esta valorada por uma sanção.⁴⁸ Destacam-se três exemplos de obrigações de prestar informações que recaem sobre agentes públicos, cujo objetivo declarado é prevenir a ocorrência de corrupção.

O primeiro é a obrigação de todos os agentes públicos de declarar seu patrimônio. Esse dever de informar existe para possibilitar o acompanhamento da evolução patrimonial do agente público e está previsto no art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa,⁴⁹ e reforçado nos artigos 8, item 5, da Convenção da

⁴⁸ GLENNY, Micha. *Mafyia: as parteiras do capitalismo*. In: _____. *McMafia: Crime sem fronteiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 142.

⁴⁹ Art. 13 da Lei 8.429/92: A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

ONU contra a Corrupção,⁵⁰ e III, item 4, da Convenção Interamericana contra a Corrupção.⁵¹ Sendo o enriquecimento sem causa um forte e reconhecido indício do beneficiamento ilícito do servidor público, e, consequentemente, de corrupção, numa visão de obrigações jurídicas construídas tendo em vista a noção de risco, o próprio enriquecimento ilícito pode ser punido autonomamente, como reconhecem os artigos 9º, inciso VII, da Lei de Improbidade Administrativa,⁵² e 20 da Convenção da ONU contra a Corrupção.⁵³

O segundo exemplo é a enumeração do conflito de interesses como ato de improbidade administrativa, no Art. 9º, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa.⁵⁴ É possível conceber, em uma improvável hipótese, que um agente “duplo”, público e privado ao mesmo tempo, divida sua atuação de forma a não favorecer nem a Administração, nem seu empregador privado. Essa situação é impossível, entretanto, em casos que envolvem a manutenção em sigilo de determi-

⁵⁰ Artigo 8 – Códigos de conduta para funcionários públicos: 5. Cada Estado Parte procurará, quando proceder e em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, estabelecer medidas e sistemas para exigir aos funcionários públicos que tenham declarações às autoridades competentes em relação, entre outras coisas, com suas atividades externas e com empregos, inversões, ativos e presentes ou benefícios importantes que possam dar lugar a um conflito de interesses relativo a suas atribuições como funcionários públicos.

⁵¹ Artigo III – Medidas preventivas: 4. Sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações.

⁵² Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

⁵³ Artigo 20 – Enriquecimento ilícito: Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

⁵⁴ VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade.

nada informação mais sensível ou estratégica. De qualquer forma, ainda que não haja evidências de dano para a Administração ou de favorecimento ilícito por parte do agente público, o conflito de interesses é punível não por qualquer resultado materialístico, mas tão somente por se configurar em um risco reconhecidamente extremo de corrupção.

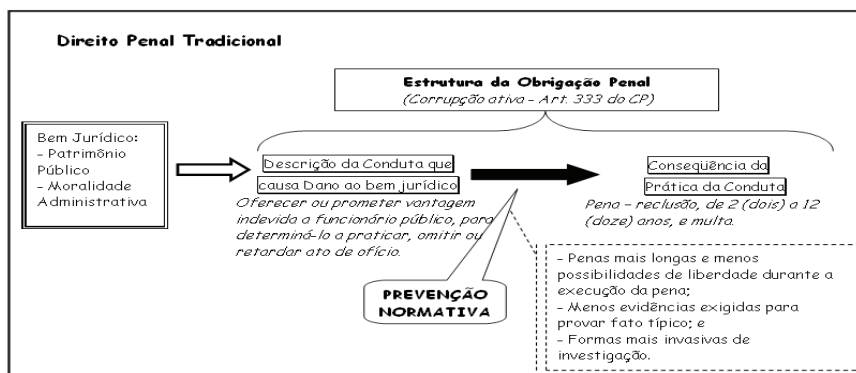
Finalmente, há também a recente obrigação, trazida pelo Decreto 6.906/2009, que recai sobre os servidores de alguns níveis hierárquicos do poder executivo da União, de declarar vínculos de parentesco com outros servidores, como uma forma de coibir o nepotismo.

Esses exemplos ilustram que nessa mudança de paradigma de prevenção meramente normativa para uma prevenção também técnica, o direito de intervenção anticorrupção diferenciar-se-á do direito penal tradicional ao mudar a sua estrutura obrigacional. A obrigação jurídica interventiva não será apenas a de não praticar um ato de corrupção, mas também, e principalmente, seu arranjo obrigacional será o de adotar medidas ou práticas reconhecidamente aceitas como relevantes para prevenir casos de corrupção futura ou revelar casos passados ou presentes.

A obrigação no Direito Penal é baseada na estrutura dos tipos penais: descreve-se uma conduta que se entende proibida, e prevê-se uma pena para a prática dessa conduta. O resultado da operação lógica desse silogismo é uma obrigação negativa: o indivíduo é obrigado a se abster dessa conduta, mas, se praticá-la, receberá uma sanção. A forma de prevenção proporcionada pelo direito penal tradicional é apenas normativa porque se limita a atuar no momento final do silogismo de tipificação, na conclusão dessa operação lógica. Já o direito de intervenção anticorrupção não prescindirá de tipos, mas utilizará largamente a técnica de descrever suas obrigações de forma positiva, com sanções pela não atuação positivamente prescrita. Nesse modelo, a prevenção existe como valor não só no momento da conclusão do silogismo de aplicação da sanção, mas também no desenho das obrigações aptas a prevenir/mitigare esses riscos, e até mesmo no conhecimento técnico-científico sobre os riscos que precedem o dano, conforme reconhece o Artigo 61 da Convenção da ONU contra a Corrupção, sob o título “Recompilação,

intercâmbio e análise de informações sobre a corrupção”⁵⁵ e o Artigo III, item 12, da Convenção Interamericana contra a Corrupção.⁵⁶

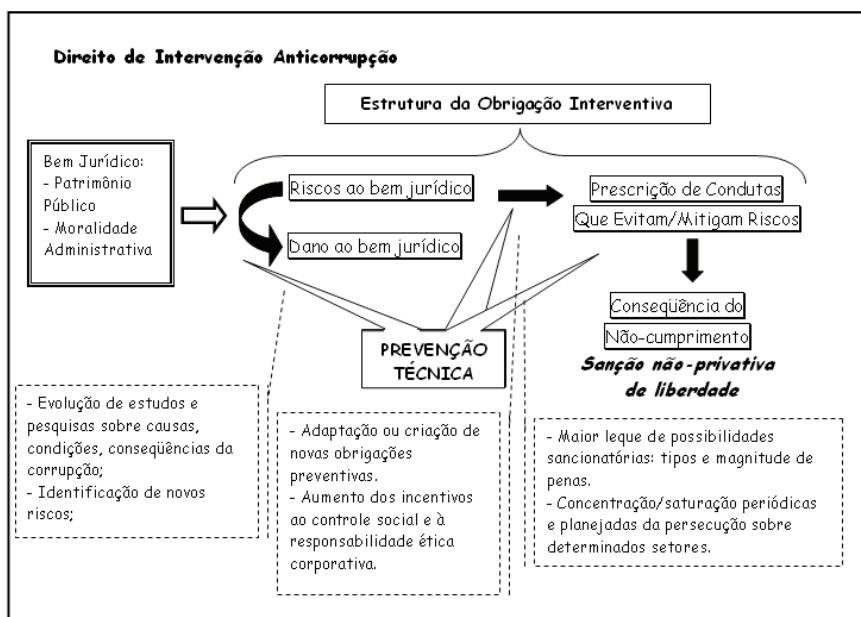
Segundo o exposto, elaboraram-se para este trabalho as figuras a seguir como forma de ilustrar a diferença estrutural entre a obrigação penal e a interventiva. No direito penal tradicional destaca-se a prevenção normativa, que opera eminentemente no momento de tipificação (descrição elementar + atribuição de pena) de uma conduta. Dada a estrutura lógica da obrigação penal, as formas de se incrementar a prevenção se resumem a penas mais longas e menos possibilidades de liberdade durante a execução da pena, para aumentar o valor negativo da sanção, menos evidências exigidas para provar fato típico e formas mais invasivas de investigação para facilitar a demonstração judiciária da conduta ilícita. Tome-se o tipo penal de corrupção ativa como exemplo, mas ele se aplicaria a qualquer um:



⁵⁵ Artigo 61 – Recompilação, intercâmbio e análise de informações sobre a corrupção: 1. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de analisar, em consulta com especialistas, as tendências da corrupção em seu território, assim como as circunstâncias em que se cometem os delitos de corrupção. 2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de desenvolver e compartilhar, entre si e por ação de organizações internacionais e regionais, estatísticas, experiência analítica acerca da corrupção e informações com vistas a estabelecer, na medida do possível, definições, normas e metodologias comuns, assim como informações sobre práticas aceitáveis para prevenir e combater a corrupção. 3. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de velar por suas políticas e medidas em vigor encaminhadas a combater a corrupção e de avaliar sua eficácia e eficiência.

⁵⁶ Artigo III – Medidas preventivas: 12. O estudo de novas medidas de prevenção, que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público.

Já no direito de intervenção, a prevenção pretendida pelo estabelecimento de uma obrigação jurídica característica poderia ser aumentada em três níveis: (1) no nível que liga os riscos previstos aos danos efetivos, a prevenção é aumentada pela evolução de estudos e pesquisas sobre causas, condições, consequências da corrupção, o que leva à identificação de novos riscos (como determinado setor público que passa a ser mais sensível, como o de esportes devido aos eventos mundiais de 2014 e 2016 que serão realizados no Brasil); (2) no nível que liga os riscos à estipulação previsão jurídica de condutas, a mitigação daqueles por esta pode ser positivamente influenciada pela adaptação ou criação de novas obrigações preventivas, e pelo aumento dos incentivos ao controle social e à responsabilidade ética corporativa; (3) e na ligação entre as condutas prescritas e as penas previstas, a prevenção se beneficia devido a um maior leque de possibilidades sancionatórias e na oportunidade de as práticas persecutórias ocorrerem de forma planejadamente concentrada ou saturada sobre determinados setores (o exemplo acima, dos esportes, é igualmente válido).



A Lei 9.613/1998, que dispõe sobre a lavagem de dinheiro, é um bom exemplo de um sistema de manejo jurídico da prevenção técnica. Como a preocupação jurídica com a lavagem tem como objetivo criar obstáculos à prática de outros crimes geradores de ativos, a tipificação da lavagem de dinheiro como crime é, em si, uma forma de prevenção técnica, muito embora siga o modelo tradicional do direito penal de obrigação negativa, baseado no paradigma do tipo. Todavia, estudos e experiências de outros países mostram que a punição criminal da lavagem é insuficiente para desestimular o uso do sistema financeiro como método de ocultação, desvio e legalização de patrimônio auferido ilicitamente. A multiplicidade de técnicas e tipologias de lavagem, a natureza oculta, multiterritorial e sigilosa das operações, e a grande atratividade financeira demandam que a prevenção ocorra em toda a cadeia correspondente de riscos presumíveis.

Havendo consenso e demonstração científica de que a lavagem de dinheiro ocorre mediante uma série de operações financeiras subsequentes, estruturadas de forma a ocultar a origem dos ilícitos, por meio de múltiplas transferências e remessas de capitais, quanto mais se tem informação sobre os fluxos financeiros, menos probabilidade há de ocorrer uma operação de lavagem despercebida. Assim, para além da obrigação penal que as empresas que atuam como prestadores de serviços financeiros têm de “não lavar dinheiro”, existe uma série de obrigações não penais cujo objetivo é criar/incrementar a idoneidade e a transparência do mercado contra o seu uso para fins ilícitos. Como exemplo dessas obrigações, os bancos, as *factorings*, as corretoras de imóveis e de ações, as seguradoras, as administradoras de cartões de crédito, as casas de câmbio e os negociantes de joias e de arte têm o dever de manter cadastro dos seus clientes, manter registro de todas as operações realizadas e, principalmente, comunicar aos respectivos órgãos/entidades reguladores as operações consideradas suspeitas, assim definidas em normas dos próprios entes reguladores. Assim, a prevenção do sistema da Lei 9.613 abarca não só a proteção contra o dano direto ao bem jurídico protegido (obrigação penal), mas alcança também toda a cadeia de riscos entendidos como pré-existentes a esse dano (obrigação administrativa).

Finalmente, é possível antecipar que as sanções em espécie do direito de intervenção anticorrupção teriam em comum a visão de que os objetivos de uma

tecnologia jurídica aplicada e adequada devem ser os de isolar os sistemas corruptos que estão causando os maiores danos à sociedade e, em seguida, para organizar o esforço de dissuasão, incentivar os participantes a denunciarem um negócio corrupto e usarem mecanismos jurídicos de risco regulatório para em alguma medida inverter e transferir o risco da corrupção da sociedade para o setor privado, tornando a corrupção cara e custosa para os operadores econômicos. Segue-se uma simples enumeração em prospecção dessas sanções, com a qual encerramos o trabalho a que nos propusemos:

- a. Publicidade da decisão condenatória;
- b. Proibição, por tempo determinado ou definitivamente, de contratar com a Administração, ou de receber subvenções, incentivos fiscais ou empréstimos do Estado;
- c. Sanções pecuniárias, como multa ou obrigação de reparar o dano, acompanhadas de medidas processuais e acautelatórias de urgência, como ação civil de extinção de domínio ou bloqueio patrimonial em flagrante;
- d. Suspensão de atividade ou interdição de estabelecimento;
- e. Estabelecimento ou reforço de medidas ou programas internos preventivos da corrupção;
- f. Designação de um interventor;
- g. Extinção ou dissolução forçada da pessoa jurídica;
- h. Proibição ou inabilitação para exercer determinada atividade profissional;
- i. Remoção forçada para outra atividade/setor, impedimento de retorno à posição anteriormente ocupada, impedimento de assumir determinados cargos ou demissão de agentes públicos; e
- j. Sanções positivas: leniência a participante, proteção a denunciante, e premiação honorífica, pecuniária ou *pro rata*.

7 Conclusão

Neste trabalho, representou-se a corrupção como um pessimismo já antigo e latente. Esse pessimismo é uma postura de previsão ou representação futura de que é provável que um político ou outro funcionário se utilize de poderes à sua posição no Estado para, de alguma forma, se beneficiar em sua esfera particular. Também faz parte do campo semântico desse pessimismo a corrupção ser encarada como um evento indesejável. Com a modernidade, representada pelo ocaso dos conhecimentos tradicionais causado pela ascensão da hegemonia da causalidade científica, a corrupção deixa de ser vista apenas como um perigo. A modernidade acredita que a corrupção mina a boa governança e destrói a confiança pública na justiça e na imparcialidade da administração pública.

Esses efeitos são maximizados pelas funções do Estado moderno, que se apropria tributariamente de boa parte da riqueza gerada pelos particulares e a reverte em serviços públicos na tentativa de corrigir ou mitigar desigualdades sociais. Em casos extremos de corrupção endêmica, a própria existência do Estado coloca-se em perigo – o “combate” contra a corrupção aparece na propaganda e no discurso legitimador de praticamente todos os grupos revolucionários modernos, armados ou organizados em partidos. Mas também se acredita que a corrupção pode distorcer seriamente a concorrência e pôr em perigo o desenvolvimento econômico, quando, por exemplo, as empresas subornam agentes públicos para vencer licitações. Com a globalização das estruturas econômicas e financeiras, bem como com a integração dos mercados nacionais em um mercado global, as decisões tomadas sobre os movimentos de capitais ou investimentos em um país podem fazer efeitos em outros. Corporações multinacionais e investidores internacionais desempenham um papel determinante na economia atual e não são limitados por fronteiras e manter as regras do mercado leais e transparentes é tanto do interesse dos operadores econômicos quanto de todos os afetados pela economia global. A modernidade encara a corrupção como um risco: ela é um evento que possui causas e efeitos demonstráveis cientificamente e cuja ocorrência futura pode ser precisada em termos probabilísticos.

No Estado contemporâneo são criadas formas técnicas sistemáticas para se lidar com a corrupção. Neste âmbito, o foco deste trabalho recaiu, dentro de uma

concepção do direito enquanto tecnologia, sobre as formas jurídicas adequadas ou apropriadas para se lidar com a corrupção na sociedade de riscos. No capítulo 1, relacionou-se o estado da arte das tipologias do ordenamento jurídico brasileiro que tratam de corrupção e demonstrou-se que o campo jurídico majoritariamente utilizado para se lidar com a corrupção é o Direito Penal. No capítulo 2 foi visto que o avanço do Direito Penal sobre a corrupção se insere em um quadro maior de expansão do Direito Penal para tutelar outras categorias de bens e interesses jurídicos também considerados como de natureza supraindividual e que esses outros bens e interesses jurídicos também se correlacionam com a sociedade de risco. O capítulo 3 oferece alguns contrapontos teóricos à expansão do Direito Penal e do sistema criminal para tutelar esses novos interesses. As reações a essa expansão são de diferentes matizes ideológicos e vão desde a tratá-la como uma espécie de “populismo penal” (identificando sua racionalização apenas na “vingança aos poderosos”) à deslegitimação de seus motivos e finalidades nos modelos garantistas e abolicionistas do sistema criminal. Nesse capítulo também se relacionou a expansão do Direito Penal ao estado de “crise de responsabilidade”, argumentando que o tratamento da corrupção enquanto risco pelo Direito Penal é um desvio característico dos extremos punitivos da “irresponsabilidade organizada”.

A reação à expansão do Direito Penal como campo jurídico adequado para se lidar com a corrupção impõe a busca prospectiva de novas formas jurídicas apropriadas para tanto. Em que pese não ser fácil encontrar a combinação correta das sanções, recompensas e aplicação da lei em juízos de oportunidade, uma visão importante e realista pode servir como guia: nunca se deve esperar que uma política pública ou um direito aplicado de combate à corrupção devam resultar em retidão completa da sociedade. Aqueles que adotam uma posição punitiva extremada e são adeptos de impor restrições rígidas e pesadas, não percebem que aumentam, ao invés de diminuir, os incentivos à corrupção. Nesse sentido, no capítulo 4 são descritos modelos de campos inovadores do direito, que se colocam como uma evolução convergente, mas apartada, do Direito Penal e do Direito Administrativo tradicionais. Esses modelos não postulam o fim do Direito Penal, por óbvio, mas propugnam o seu retorno à subsidiariedade, a um “direito penal nuclear”, inclusive com a abolição criminal de algumas condutas.

Expostos os modelos teóricos que fundamentam juridicamente a criação desse novo campo do Direito, no capítulo 5 adotou-se a nomenclatura proposta por Hassemer, “direito de intervenção”, e analisaram-se quais seriam as características desejáveis do Direito de Intervenção Anticorrupção. Essa análise, ainda que prospectiva, não se baseia metodologicamente apenas em conjecturas. O cenário proposto é sempre contextualizado com exemplos concretos de institutos jurídicos atuais, presentes no direito pátrio e estrangeiro e nas convenções internacionais anticorrupção internalizadas em nosso ordenamento jurídico. Assim, neste trabalho especificaram-se as seguintes dimensões do direito de intervenção anticorrupção: marco principiológico, componentes legitimadores enquanto política criminal e natureza das sanções.

O marco principiológico do direito de intervenção anticorrupção seria resultado de uma flexibilização controlada de princípios do direito penal tradicional, mediante uma reinterpretação de algumas garantias e regras de imputação clássicas. Mas essa flexibilização serviria para desviar ou minorar a expansão do Direito Penal, mantendo a sua subsidiariedade. Em oposição à obrigatoriedade/ indisponibilidade da ação penal, o processo no direito de intervenção anticorrupção se apresentaria pautado pela discricionariedade/oportunidade e admitir-se-ia a responsabilização da pessoa jurídica, a ampliação causal das regras de autoria, a imputação por omissão ou negligência e a preponderância apuratória e processual do processo interventivo sobre o processo penal.

Quanto à política criminal, o direito de intervenção anticorrupção se legitima ao incentivar a descriminalização e o desencarceramento, focalizando sua força em uma retributividade digna, não degradante do ser humano e menos estigmatizante.

O conteúdo sancionatório desse novo campo jurídico constituir-se-ia de penas restritivas ou extintivas de direitos, ou pecuniárias, mas um mecanismo próprio de persecução atribuiria ao direito de intervenção um simbolismo gravoso de censura moral, o que pode ser também alcançado com o incremento da magnitude e da gravidade das penas restritivas de direito e pecuniárias. O valor do conteúdo coercitivo deve ser buscado na reparação dos danos causados, e, sobretudo, na

prevenção de novos ilícitos. Diferentemente do direito penal tradicional, focado na prevenção normativa, no direito de intervenção anticorrupção seria buscada em especial a prevenção técnica e a forma de estruturação das obrigações jurídicas seria adaptada a essas necessidades.

Por fim, as sanções em espécie do direito de intervenção anticorrupção teriam como fundamento os objetivos de isolar os sistemas corruptos que estão causando os maiores danos à sociedade e, em seguida, organizar o esforço de dissuasão, incentivar os participantes a denunciarem um negócio corrupto e a usarem mecanismos jurídicos de risco regulatório para em alguma medida inverter e transferir o risco da corrupção da sociedade para o setor privado, tornando a prática da corrupção cara e custosa para os operadores econômicos.

Corruption and new concepts of punitive law: Towards an Anti-Corruption Intervention Law?

Abstract

Corruption was already handled by the legal system as an illegal practice, even before the arrival of its global prohibition regime, and criminal law methods to deal with this problem were already designed, with varying degrees of sophistication, by various past cultures. The Law uses its more traditional technique, the threat of punishment directed against those who practice the conduct described as corruption within the Law itself. The risk society has led, in Law, to the establishment and expansion of the category of collective legal goods, where it's inserted the regulation of acts of corruption. The transition from external risk to manufactured risk in modern society is causing a crisis of responsibility, which implies a change in the correlations between risk, responsibility and decisions. From this crisis emerges an "organized irresponsibility": it increases the diversity of risks created by man, by which people and institutions are naturalistically blamed, and causes extreme deviations, as the expansion of Criminal Law. This paper deeply analyzes models of a new legal technology, possibly suitable for dealing with corruption, but at the same time attempts to depart from traditional paradigms of Criminal Law, towards a merging of Criminal Law and Administrative Law. The adopted

nomenclature of Intervention Law is reinforced by a prospective exercise of trying to achieve a legal model of law aimed at intervening to deal with the problems of corruption, listing and analyzing what would be the desirable characteristics of an Anti-Corruption Intervention Law.

Keywords: International conventions against Corruption. Expansion of criminal law. Management of criminal law. Risk society. Anti-corruption intervention law.

Referências

BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity*. New Delhi: Sage, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Informativo nº 534. Brasília, 2 a 6 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo534.html>>. Acesso em: 15/04/2011

FORTETE, Cesar; CESANO, Jose Daniel. Punitive Attitudes in Latin America. *European Journal on Criminal Policy*, n. 15, p. 121–136, 2009.

GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *Modern Law Review*, v. 62, n. 1, p. 1-10, jan. 1999.

GLENNY, Micha. Mafyia: as parteiras do capitalismo. In: McMafia. *Crime sem fronteiras*. São Paulo, Companhia das Letras, 2008. p. 69-95.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Bernat Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1997

KLITGAARD, Robert. *Controlling corruption*. Berkeley: University of California, 1988.

LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal: um diagnóstico da corrupção no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REALE JUNIOR, Miguel. Despenalização no direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-29, 1999.

SILVA-SANCHEZ, Jesús María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

TORON, Alberto Zacharias. Crimes de colarinho branco: os novos perseguidos?. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 7, n. 28, p. 73-84, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.